

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO

Santiago de Cali, catorce (14) de octubre dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA DE TUTELA N° 084

Radicación: **76-001-31-07-003-2022-00086-00**
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionados: NUEVA EPS Y OTRO

I.- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se procede a emitir el fallo que en derecho corresponda dentro de la Acción de Tutela promovida por el señor **SEGUNDO GABRIEL CORTÉS** en nombre propio, en contra de la **NUEVA EPS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

II.- ANTECEDENTES

Los hechos en que fundamenta el accionante la demanda de tutela se sintetizan de la siguiente manera:

1. Indica que es empleado de la empresa BRILLASEO SAS y se encuentra afiliado a la NUEVA EPS y al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A.
2. Señala que desde el 27 de agosto de 2022 ha estado incapacitado de manera continua bajo los diagnósticos de ESTENOSIS ESPINAL, SINDROME DE ABDUCCIÓN DOLORIDA DEL HOMBRO DERECHO, SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO DERECHO, TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATIA y TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION, todas de origen común.
3. Aduce que el 09 de marzo de 2021 la NUEVA EPS emitió un concepto de pronóstico de rehabilitación desfavorable.
4. Que las incapacidades desde el 27 de agosto de 2020 hasta el 22 de marzo de 2021 fueron reconocidas por la NUEVA EPS.

Sentencia de Tutela N° 084
 Radicación: T-2022-00086-00
 Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
 Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

5. Que las incapacidades desde el 24 de marzo de 2021 hasta 15 de abril de 2022 fueron reconocidas por PROTECCION AFP.
6. Sin embargo, señala que las incapacidades del 18 de abril de 2022 hasta el 16 de septiembre de 2022 no han sido reconocidas.
7. Manifiesta que la Junta Regional de Invalidez del Valle del Cauca emitió calificación el 22 de junio de 2022, teniendo como Pérdida de Capacidad Laboral 43.96% con fecha de estructuración 30 de marzo de 2022 de origen común.
8. Como consecuencia de lo anterior, indica que su situación pensional no ha sido definida y por tanto no se le han pagado las incapacidades médicas antes referidas.
9. Con base en lo anterior, solicita se ordene a la entidad que corresponda el reconocimiento económico de las incapacidades médicas posteriores al 18 de abril de 2022 hasta que se defina su situación pensional, así:

No. Incapacidad	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACION	DIAS	ESTADO
7796580	18-04-2022	20-04-2022	3	TRANSCRITO
7807662	21-04-2022	23-04-2022	3	TRANSCRITO
7817331	25-04-2022	29-04-2022	5	TRANSCRITO
7837318	30-04-2022	04-05-2022	5	TRANSCRITO
7853696	05-05-2022	14-05-2022	10	TRANSCRITO
7885040	15-05-2022	29-05-2022	15	TRANSCRITO
7938171	31-05-2022	14-06-2022	15	TRANSCRITO
7992486	15-06-2022	29-06-2022	15	TRANSCRITO
8041072	30-06-2022	14-07-2022	15	TRANSCRITO
8090157	15-07-2022	29-07-2022	15	TRANSCRITO
8138809	30-07-2022	13-08-2022	15	TRANSCRITO
8213533	14-08-2022	28-08-2022	15	TRANSCRITO
8236029	29-08-2022	02-09-2022	5	TRANSCRITO
8281194	09-09-2022	11-09-2022	3	TRANSCRITO
8287734	12-09-2022	16-09-2022	5	TRANSCRITO

III.- IDENTIFICACIÓN DEL SOLICITANTE

SEGUNDO GABRIEL CORTES identificado con cédula de ciudadanía No. 87.431.673 de Barbacoas (N), con dirección de notificaciones en la Calle 4-42 No. 104 Barrio El Lido, email: asistente1.gh@brillaseo.com seguridadsocial@brillaseo.com, abonado telefónico 318 472 22 77

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

IV.- IDENTIDAD DE LA PARTE DEMANDADA

Mediante auto de sustanciación No. 204 del 03 de octubre de 2022, se avocó el conocimiento de la acción invocada por el señor **SEGUNDO GABRIEL CORTES**, se dispuso oficiar a las entidades accionadas para que rindieran el informe respectivo sobre lo manifestado por el actor en su escrito de tutela.

NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS

El Dr. Juan Manuel Bedoya Rodríguez en su calidad de apoderado especial de la entidad accionada, mediante oficio del 05 de octubre de 2022, indicó que sobre el reconocimiento de prestaciones económicas, la misma no es procedente como quiera que el accionante no aportó prueba sumaria que sustentara su afirmación de afectación al mínimo vital. Además, señala que la acción constitucional no es el mecanismo idóneo para reclamar el pago de las incapacidades, pues la parte actora cuenta con la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria.

Aduce que en el presente caso es el empleador quien tiene la obligación de pagar en primera instancia la incapacidad a su trabajador y posterior a ello efectuar los trámites tendientes para el recobro ante la EPS, por lo que sostiene, quien está vulnerando el derecho fundamental invocado es el empleador del accionante.

Posteriormente, el 06 de octubre de 2022, la Dra. Lizeth Paola Castaño Rodríguez en su calidad de apoderada especial, indica que el señor SEGUNDO GABRIEL CORTES fue remitido por incapacidad continua prolongada con concepto de rehabilitación y pronóstico FAVORABLE el 29 de enero de 2021 a la Administradora de Fondos y Pensiones Protección por las patologías SINDROME DE ABDUCCION DOLOROSA DEL HOMBRO DERECHO y TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATIA enfermedades de origen común, dando cumplimiento a lo normando en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Señala que el accionante radicó solicitud de valoración por Medicina Laboral, por lo que se le inició el proceso de calificación de origen de la enfermedad OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES ya que dichas enfermedades se encuentran incluidas en la tabla de enfermedades laborales vigente en el país a través del Decreto 1477 de 2014.

Luego, el 16 de marzo de 2021 se envió notificación del dictamen de la calificación de origen a la AFP PROTECCION determinando que las patologías OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES: ESPONDILOARTROSIS, CANAL ESTRECHO DEGENERATIVO L2-L3,

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

COMPRESION DE COLA DE CABALLO L1-L2, L3-L4, L4-L5 son enfermedades de origen común. Así mismo, el 08 de junio de 2022 se envió notificación del dictamen de la calificación de origen a la ARL POSITIVA determinando que la patología SINDROME DE MANGUITO ROTADOR DERECHO es enfermedad de origen laboral.

El 03 de mayo de 2022 la AFP PROTECCION emite dictamen determinando que las patologías SINDROME DE ABDUCCION DOLOROSA DEL HOMBRO DERECHO, TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA, ESTENOSIS ESPINAL y SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO son enfermedades de origen común con porcentaje de pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 34.55%

Por lo tanto, afirma que la NUEVA EPS dio cumplimiento a lo determinado por la normatividad vigente para el caso con la remisión al fondo de pensiones del concepto de rehabilitación y pronóstico para dar continuidad al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y con la determinación de origen de las patologías del accionante.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

La Dra. Juliana Montoya Escobar en su calidad de representante legal de la accionada, mediante oficio No. CO02VJ0163 -2022_334585 del 05 de octubre de 2022, indicó que las prestaciones económicas reclamadas por el accionante corresponden a ciclos de incapacidades posteriores al día 540, respecto a lo cual la legislación Laboral y de la Seguridad Social ha contemplado que la competencia en el pago corresponde a las EPS, de las cuales no hace diferencia alguna entre aquellas emitidas respecto de un pronóstico favorable o desfavorable de rehabilitación, así como de si en el caso ya se llevó a cabo proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral o no.

Sobre el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, señala que el accionante presentó ante el Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual fue remitida ante la Comisión Médico Laboral que presta los servicios a la accionada para tales fines. Dicha entidad procedió a calificar al accionante donde determinó un porcentaje del 34.55% de pérdida de capacidad laboral, por enfermedad de origen común con fecha de estructuración 22 de abril de 2022.

No obstante, el señor **SEGUNDO GABRIEL CORTES** inconforme con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral después de haberse notificado formalmente, presentó en el término legal recurso de apelación, razón por la cual Protección S.A.

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

remitió la historia clínica y la respectiva documentación de dictamen a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, que efectuó una nueva valoración determinando un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 43.96% de origen común y fecha de estructuración del 30 de marzo de 2022.

Señala que en contra de dicho acto administrativo, el accionante presentó recurso de apelación, razón por la cual el expediente fue remitido en última instancia ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, entidad que actualmente se encuentra en proceso de análisis y posterior emisión del dictamen.

Por lo tanto, aduce que la entidad ha obrado de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, razón por la cual no se evidencia conducta alguna que constituya una vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

BRILLASEO SAS

El Dr. Andrés Felipe González Osorio en su calidad de representante legal suplente de la empresa accionada, mediante oficio del 10 de octubre de 2022, indicó que la entidad ha dado cumplimiento cabalmente con los pagos a la seguridad social del trabajador desde su vinculación hasta la fecha, inclusive durante el período de incapacidad del trabajador.

Igualmente, señala que conforme al Decreto 2943 de 2013 el empleador está obligado a pagar los primeros 2 días de incapacidad general y a partir del 3 día la obligación está a cargo de la EPS; así se ha manejado en el sub lite. Igualmente establece que a partir del día 181 y en lo sucesivo hasta por 180 días más, la obligación es asumida por la administradora de fondos pensionales, los cuales pueden ser prorrogados por 180 días adicionales hasta tanto se haga el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

También reseña que el fondo de pensiones es quien debe asumir el pago de incapacidades que superen los 180 días y superados los 540 días, la Corte se ha pronunciado mediante Sentencia T -008/18 de 2018 supliendo el vacío existente en la norma, hasta tanto se realicen los trámites administrativos necesarios para reconocer y pagar la pensión de invalidez, correspondiendo asumir dichas erogaciones a la EPS.

Finalmente, sostiene que la obligación del empleador es garantizarle al trabajador incapacitado su vínculo laboral, como ha sido en el presente asunto con el señor SEGUNDO GABRIEL CORTÉS, por parte de BRILLASEO SAS, e igualmente se ha continuado con los pagos de aportes a la seguridad social. Además, que la empresa

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

ha realizado la debida transcripción de las incapacidades para la aprobación y pago por parte de la EPS y sobre el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, señala que se le ha brindado toda la información y soporte pertinente para el trámite ante las entidades correspondientes. Por lo tanto, indica que no se han vulnerado los derechos fundamentales del mismo.

V.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La acción pública de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, fue instituida en el sistema jurídico vigente mediante la Constitución Política de 1991, y resulta procedente cuando quiera que se verifique vulneración o amenaza por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares.

Esta acción, como instrumento que hace parte de las instituciones del Estado Social y democrático de Derecho, debe ser utilizada de manera residual, sumaria y eficaz con el objetivo señalado en la Ley fundamental, que no es otro que la protección efectiva de los derechos fundamentales, y no en búsqueda de objetivos ajenos a ella, ni por fuera de los claros límites señalados en la normatividad que la rige.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política: *“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*

En el presente caso, el problema jurídico se circunscribe a establecer si hubo vulneración de los derechos fundamentales al *mínimo vital* y a *la seguridad social*, por la negativa a pagarle las incapacidades causadas debido a las patologías que presenta.

El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita, por el papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia por razones de salud.

La Corte Constitucional en las sentencias de tutela T-333 de 2013, T-097 de 2015, T-140 de 2016, T-144 de 2016, la sentencia T-246/18 y la T-161 de 2019, entre otras, se ha pronunciado, de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del Sistema General de Seguridad Social Integral en el desembolso de la citada prestación económica.

El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.¹

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “*las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes*”, y autorizó a las E.P.S. para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

El régimen de responsabilidades en el pago de las incapacidades causadas, señala: *(i)* los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente, *(ii)* desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **E.P.S.**, la cual se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (*según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente*) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el Decreto 2463 permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicional a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la E.P.S., si el mencionado concepto de

¹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227. “En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

rehabilitación es favorable y con la condición de que *“otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”*².

El artículo 23 del Decreto 2463 establece la posibilidad de postergar el aludido trámite de calificación a *“la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”*.³ La norma contempla, también, que las entidades que incumplan el pago de los subsidios por incapacidad temporal serán sancionadas por la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley.

Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte Constitucional ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.⁴

El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que introdujo el Decreto Ley 019 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”* en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales.

Las reglas que ha fijado la Corte Constitucional para asegurar que las incapacidades laborales sean reconocidas y pagadas de manera ágil y diligente, considerando la situación de vulnerabilidad que, por lo general, enfrentan quienes reclaman estas prestaciones económicas, **respecto de las incapacidades prolongadas**, son las siguientes:

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o de manera independiente.

² Artículo 30, Decreto 2463 de 2001.

³ La norma indica lo siguiente: *“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”* (Subraya la Sala).

⁴ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-980 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba); T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza); T-137 de 2012 (M.P. Humberto Sierra) y T-263 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio).

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, varios son los resultados posibles: **a)** No hay pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es cuando el porcentaje oscila entre 0% y 5%. **b)** *Se presenta una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%.* Y **c)** cuando el porcentaje es superior al 50%, esto es cuando se genera una condición de invalidez.

Las personas incapacitadas de forma *parcial y permanente*, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero, no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por la Corte Constitucional a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien: qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo, y aun no se ha agotado todo el proceso para obtener un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa como acreedor de certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días.

Dicho déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, fue advertido por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 de 2015** –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En efecto, el artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, indicó:

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. *La Entidad administrará los siguientes recursos:*

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) *El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.** El*

Sentencia de Tutela N° 084
 Radicación: T-2022-00086-00
 Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
 Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”

Cabe resaltar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-401 del 23 de junio de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, en donde agregó la atribución de responsabilidades en relación con el pago de incapacidades, señalada previamente:

Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Teniendo presente esta normativa, es claro que en todos los casos futuros, esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley 1753 de 2015, el Juez Constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberán acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó claramente la responsabilidad en el pago de las incapacidades.

Es evidente que al accionante se le han generado nuevas incapacidades, de las cuales no ha recibido ninguna fuente de auxilio económico y por ende no cuenta con algún medio para cubrir sus necesidades básicas, encontrándose el accionante en situación de debilidad manifiesta, vulnerando su derecho al *mínimo vital* y *por ende amenazando otros derechos fundamentales, tales como la salud y el derecho a la vida en condiciones dignas*.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela tiene carácter residual, toda vez que procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad *“reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*.

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, es acudir a la justicia ordinaria. Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital.

El derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte Constitucional como "*la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional*".

En ese sentido, el mínimo vital constituye un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, en tanto salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia del individuo. El reconocimiento del derecho al mínimo vital encuentra su fundamento en el concepto de dignidad humana, pues es claro que la carencia de las condiciones materiales mínimas necesarias para garantizar la subsistencia del individuo, comporta la negación de la dignidad que le es inherente. Igualmente, este derecho se proyecta en otros derechos fundamentales como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.). De esta forma, la protección al mínimo vital se configura una de las garantías de mayor relevancia en el Estado Social de Derecho.

La Corte Constitucional en múltiples decisiones ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza.

Tales consideraciones fueron reiteradas en las Sentencias T-097 de 2015 y T-140 de 2016 dictadas por la Corte Constitucional en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable. En el presente caso el accionante SEGUNDO GABRIEL CORTES afirma que fue incapacitado por más de 540 días, pero que desde el 18 de

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

abril de 2022 hasta el 16 de septiembre de 2022, no ha recibido más auxilios por este concepto, pues ninguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social asume dicha responsabilidad.

Ahora bien, en la respuesta de tutela de la NUEVA EPS, la entidad manifestó que el accionante no había acreditado si quiera sumariamente la afectación al mínimo vital, de manera que la presente acción constitucional debía ser declarada improcedente, atendiendo a la posibilidad de la parte de actora para acudir a la justicia ordinaria y solucionar su controversia. Frente a esta manifestación, el Despacho convocó a audiencia pública al señor SEGUNDO GABRIEL CORTÉS, decisión de la cual fueron enteradas todas las partes a través de correo electrónico, el 12 de octubre de 2022 a las 09:00 horas a través de la plataforma Life Size, con el propósito de establecer la capacidad económica del aquí accionante.

Como resultado de dicha vista pública, se obtuvo que actualmente el señor SEGUNDO GABRIEL CORTÉS se encuentra laborando en la empresa Brillaseo S.A., devengando como remuneración un salario mínimo legal mensual vigente. Adujo que no tiene otras fuentes de ingreso, que es el responsable económico de su esposa quien no labora, y sus dos hijos, ambos estudiantes, una de ellas en la universidad a través de subsidios del Gobierno y el otro, en el bachillerato. Además, indicó al Despacho que el estar incapacitado y por la falta del pago del subsidio económico, no pudo pagar sus obligaciones domésticas, esto es, el pago del canon de arrendamiento, los servicios públicos, y tuvo que adquirir deudas en las tiendas de su barrio para la alimentación de su familia.

Enfatizó en que tiene varias obligaciones y es la única persona que aporta ingresos económicos al hogar, contando a veces con la ayuda de su hijo, quien acude al “rebusque”, para comprar alimentos para la familia, de manera que su salario no le alcanza para cubrir todas sus necesidades.

Tales manifestaciones son acogidas por el Despacho para considerar que en el presente asunto nos encontramos ante un ciudadano que no cuenta con los suficientes ingresos económicos para solventar sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, sobre todo si tenemos en cuenta que durante un tiempo estuvo incapacitado y no recibió por parte de las entidades del sistema de seguridad social el reconocimiento de la prestación económica a que tiene derecho por su situación médica. Para esta instancia judicial, es apenas razonable deducir que una persona que ha estado incapacitada y no ha recibido la contraprestación económica derivada de dicha situación, se encuentra inmerso en un perjuicio, porque debe continuar cumpliendo con sus obligaciones a pesar de no tener un ingreso que le permita hacerlo. Y, aunque actualmente se encuentre laborando, lo cierto es que ello se debe

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

a que la calificación de pérdida de capacidad laboral arrojó un resultado inferior al 50%, por lo que debía ser reintegrado a sus labores, no obstante continuar padeciendo su enfermedad, verse disminuido en su fuerza de trabajo y seguir con la obligación de llevar el soporte económico a su familia, el cual se vio afectado en meses anteriores por el no reconocimiento y pago de las incapacidades médicas.

Pasar por alto esta situación es desconocer la situación de indefensión que padece el accionante y obligarlo a acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar el pago de la prestación económica resultaría en perjuicio suyo, porque significa prolongar su estado de necesidad económica, pese a que tiene derecho a reclamar un subsidio por la incapacidad médica derivada de su patología, todo esto nos ubica en un escenario de innegable necesidad de protección por parte del Juez Constitucional.

Aunado a lo anterior, ha de resaltarse que las personas, como el aquí accionante, que reclaman el pago de las incapacidades superiores a los 540 días son aquellas que a pesar de la disminución de su fuerza de trabajo, no han logrado estabilizar su vida laboral, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez, es decir, está incapacitada médicamente para trabajar. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna.

Como fundamento adicional, ha de resaltarse que si bien se impone una carga administrativa en cabeza de las E.P.S., no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de *la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta correspondiente del Fondo ADRES*, quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto, una vez se presente la correspondiente trámite de recobro por el respectivo valor en el cumplimiento de la orden de tutela.

Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

Así las cosas, por todo lo expuesto en lo referente al pago de las incapacidades generadas del día 541 a la fecha, corresponde a la **NUEVA EPS**, entidad que efectuará el pago de manera oportuna dentro de los ocho (08) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, en los términos expuestos en precedencia;

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

pues ha de tenerse en cuenta que el auxilio de incapacidad incide, además, en la garantía del derecho a la salud en la medida en que permite la recuperación satisfactoria del paciente. Por tanto, debe evitarse la negación del trámite de las incapacidades posteriores a 540 días sin el debido fundamento legal.

Por tal razón, respecto de los periodos de incapacidades sin pago, los cuales se encuentran evidenciados en los elementos materiales probatorios, aportados por el accionante, los mismos se identifican así:

- 3 DÍAS que inician el 18 de abril de 2022 y terminan el 20 de abril de 2022.
- 3 DÍAS que inician el 21 de abril de 2022 y terminan el 23 de abril de 2022.
- 5 DÍAS que inician el 25 de abril de 2022 y terminan el 29 de abril de 2022.
- 5 DÍAS que inician el 30 de abril de 2022 y terminan el 04 de mayo de 2022.
- 10 DÍAS que inician el 05 de mayo de 2022 y terminan el 14 de mayo de 2022.
- 15 DÍAS que inician el 15 de mayo de 2022 y terminan el 29 de mayo de 2022.
- 15 DÍAS que inician el 31 de mayo de 2022 y terminan el 14 de junio de 2022.
- 15 DÍAS que inician el 15 de junio de 2022 y terminan el 29 de junio de 2022.
- 15 DÍAS que inician el 15 de julio de 2022 y terminan el 29 de julio de 2022.
- 15 DÍAS que inician el 30 de julio de 2022 y terminan el 13 de agosto de 2022.
- 15 DÍAS que inician el 14 de agosto de 2022 y terminan el 28 de agosto de 2022.
- 5 DÍAS que inician el 29 de agosto de 2022 y terminan el 02 de septiembre de 2022.
- 3 DÍAS que inician el 09 de septiembre de 2022 y terminan el 11 de septiembre de 2022.
- 5 DÍAS que inician el 12 de septiembre de 2022 y terminan el 16 de septiembre de 2022.

Todas las anteriores, surgen a partir del día 540 en adelante y serán asumidas por la **NUEVA EPS**, a fin de garantizar el goce de esos derechos al accionante, pues es evidente que ha sido sometido a las dilaciones administrativas generadas por las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y su situación debe ser resuelta de fondo, pues no puede acudir a una acción de tutela cada vez que se le genera una incapacidad.

Además, cabe resaltar que las mismas ya fueron debidamente transcritas por el accionante, como quedó demostrado en el trámite de la presente acción constitucional, por lo que puede entenderse que el señor SEGUNDO GABRIEL CORTES ha cumplido ya con el deber legal que le asiste previo al reclamo de la prestación económica derivada de las incapacidades.

Sentencia de Tutela N° 084
Radicación: T-2022-00086-00
Accionante: SEGUNDO GABRIEL CORTES
Accionada: NUEVA EPS Y OTRO

Por lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE SANTIAGO DE CALI**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la/ Constitución,

VI.- RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital del señor **SEGUNDO GABRIEL CORTES**, titular de la cédula de ciudadanía 87.431.673 de Barbacoas (N), por las razones consignadas en el cuerpo de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que si aún no lo ha efectuado, a través del Director de Prestaciones Económicas o el Gerente de Recaudo y Comprensión o su Representante Legal, pague dentro de los ocho (08) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia al señor SEGUNDO GABRIEL CORTES, el subsidio de las incapacidades generadas desde el día 18 de abril de 2022 hasta el 16 de septiembre de 2022, esto es, las comprendidas después del día 540 de incapacidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: INFORMAR a la **NUEVA EPS S.A.** que una vez sufrague las incapacidades que correspondan y se causen en el caso del accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, podrá emprender todas las acciones pertinentes con el fin de obtener el reembolso de los dineros pagados por concepto de incapacidades superiores a 540 días, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

CUARTO: INFORMAR a las partes que lo resuelto en este fallo podrá ser impugnado conforme lo ordenado en el art. 31 del Decreto 2591 de 1991. Si ello no ocurriere en término, se remitirá el expediente original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: REMITIR la actuación al Centro de Servicios de esta especialidad a fin de que se proceda a dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Jorge David Mora Muñoz

Juez
Juzgado De Circuito
Penal 003 Especializado
Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d53971a54a077729039c062a5ba2893b21c88623fc652a969d1c4148cb4ffc3**

Documento generado en 14/10/2022 10:05:29 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>